

Schending zorgplicht door pensioenfonds bij verzending aanbod onrechtmatig.

Hof Amsterdam 18-02-2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:521, m.nt. Mr. W.P.M. Thijssen (St. Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid/Bakel)

Instantie	Hof Amsterdam
Datum	18 februari 2014
Magistraten	Mrs. J.E. Molenaar, L.A.J. Dun, S.F. Schütz
Zaaknummer	200.126.362/01
Noot	Mr. W.P.M. Thijssen
Roepnaam	St. Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid/Bakel
Vakgebied(en)	Loonbelasting / Pensioenregeling Verzekeringsrecht / Pensioenrecht Verbintenissenrecht / Onrechtmatige daad Arbeidsrecht / Arbeidsovereenkomstenrecht Sociale zekerheid algemeen / Algemeen Pensioenen / Toezicht
Brondocumenten	ECLI:NL:GHAMS:2014:521, Uitspraak, Hof Amsterdam, 18-02-2014;
Wetgeving	Art. 17 PSW; art. 21 lid 2 Pensioenwet

Essentie

Schending zorgplicht door pensioenfonds bij verzending aanbod onrechtmatig.

Samenvatting

Bedrijfstakpensioenfonds schendt zorgplicht jegens deelnemers door informatie over de tijdelijk geboden mogelijkheid van vrijwillige deelneming uitsluitend per gewone post te verzenden wanneer die mogelijkheid vervalt indien reactie achterwege blijft.

Partij(en)

[Appellant], wonend te [woonplaats], appellant, advocaat: mr. R. Joosten te Waalre, tegen

Uitspraak

1. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna [appellant] en Bpf Bouw genoemd. De rechtsvoorgangers van Bpf Bouw zullen - nu een onderscheid voor de beoordeling niet van belang is - in paragraaf 3 ook met Bpf Bouw worden aangeduid.

[appellant] is bij dagvaarding van 19 februari 2013 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de rechtbank Amsterdam, sector kanton, locatie Amsterdam (hierna: de kantonrechter), van 20 november 2012, onder bovengenoemd zaaknummer gewezen tussen [appellant] als eiser en Bpf Bouw als gedaagde.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven;
- memorie van antwoord, met producties.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 27 november 2013 doen bepleiten door hun voornoemde advocaten, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd.

Ten slotte is arrest gevraagd.

[appellant] heeft geconcludeerd - voor zover thans nog van belang nu [appellant] bij memorie van grieven onder 3.2.7. heeft gesteld dat deelname aan de hierna te noemen aanvullende regelingen niet meer zinvol is en hij daarom schadevergoeding vordert - dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en - uitvoerbaar bij voorraad - alsnog:

- a- voor recht zal verklaren dat Bpf Bouw onrechtmatig jegens [appellant] heeft gehandeld;
- b- Bpf Bouw zal veroordelen tot vergoeding van de schade die [appellant] heeft geleden doordat deelname aan de aanvullende regelingen van Bpf Bouw niet meer geïndiceerd is als gevolg van het onrechtmatig handelen van Bpf Bouw, op te maken bij staat;
- c- Bpf Bouw te veroordelen tot betaling van de buitengerechtelijke incassokosten ad € 904,- en de proceskosten in beide instanties en de nakosten, onder bepaling dat over de toe te wijzen schadevergoeding, buitengerechtelijke incassokosten en proceskosten de wettelijke rente verschuldigd zal zijn vanaf de dag waarop de dagvaarding in eerste aanleg heeft gediend, althans een tijdstip door het hof te bepalen.

Bpf Bouw heeft geconcludeerd tot bevestiging van het vonnis, met - uitvoerbaar bij voorraad - beslissing over de proceskosten.

Beide partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

2. Feiten

De kantonrechter heeft in het bestreden vonnis onder 1 de feiten vastgesteld die hij tot uitgangspunt

heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en daarom zal ook het hof daarvan uit gaan, met dien verstande dat [appellant] is geboren in 1946. Deze feiten komen op het volgende neer.

- a. Bpf Bouw is een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000. Bpf Bouw voert de pensioenregeling uit voor de sector bouwnijverheid.
- b. [appellant] is geboren op 29 oktober 1946. Hij heeft tot en met 4 november 2004 als werknemer wettelijk verplicht deelgenomen in de ouderdomspensioenregeling van Bpf Bouw. Per 5 november 2004 is [appellant] directeur-grotaandeelhouder (dga) in Bouwgroep Moonen Holding B.V. geworden. In 2004 waren dga's uitgezonderd van de wettelijke verplichting tot deelname in Bpf Bouw. [appellant] heeft na 5 november 2004 niet op vrijwillige contractuele basis deelgenomen aan Bpf Bouw zodat zijn deelname per die datum in Bpf Bouw is geëindigd.
- c. [appellant] was als werknemer tot en met 4 november 2004 en als dga na 5 november 2004 tot en met 31 december 2005 verplicht deelnemer aan de zogenaamde aanvullingsregeling van de Stichting Vrijwillige Vervroegde Uittreding voor het UTA(Uitvoerend, Technisch, Administratief)-personeel in het Bouwbedrijf (VUT-fonds). Tevens nam [appellant] verplicht deel aan de vroegpensioenregeling van de Stichting Vroegpensioenfonds voor het UTA-personeel in het Bouwbedrijf (het Vroegpensioenfonds).
- d. Vanaf 1 januari 2006 heeft [appellant] geen premiegegevens meer ingediend en geen premie meer betaald voor de vroegpensioenregeling en de aanvullingsregeling.
- e. Per 1 januari 2006 zijn de vroegpensioenregeling van het Vroegpensioenfonds en de aanvullingsregeling van het VUT-fonds voor alle deelnemers beëindigd.
- f. Bpf Bouw heeft in maart 2006 dga's die tot 1 januari 2006 hadden deelgenomen in het Vroegpensioenfonds en het VUT-fonds op de hoogte gesteld van het einde van de vroegpensioenregeling en de aanvullingsregeling per 1 januari 2006 en het aanbod gedaan om op vrijwillige basis deel te nemen aan de ouderdomspensioenregeling en de aanvullende regelingen 55-/55+ van Bpf Bouw. In deze brief is onder meer het volgende opgenomen:

(...) " Indien u per 1 januari 2006 deel wenst te nemen aan de ouderdomspensioenregeling en de aanvullende regelingen (55- en 55+) kunt u dit, nadat u dit tevens aan uw werkgever heeft aangegeven, kenbaar maken op bijgevoegd formulier. Het formulier dient u per ommegaande, doch uiterlijk vóór 1 mei 2006 te retourneren. Indien u per 1 januari 2006 niet wenst deel te nemen aan de genoemde regelingen, hoeft u niets te doen." (...)
- g. Op 31 december 2006 zijn Bpf Bouw, het Vroegpensioenfonds en het VUT-fonds gefuseerd tot Bpf Bouw.
- h. Bij brief van 16 december 2008 (door Bpf Bouw ontvangen op 18 december 2008) heeft [appellant] Bpf Bouw bericht dat hij gebruik wil maken van de mogelijkheid om deel te nemen aan de ouderdomspensioenregeling en de aanvullende regelingen.
- i. Bij brief van 9 januari 2009 heeft Bpf Bouw dit verzoek afgewezen omdat het antwoordformulier niet tijdig was geretourneerd.
- j. [appellant] heeft bij brief van 10 mei 2010 tegen die afwijzing geprotesteerd en gesteld de brief van maart 2006 niet te hebben ontvangen.
- k. Bij brief van 13 september 2010 heeft Bpf Bouw de uitspraak van de Commissie Individuele Gevalsbehandeling (inhoudende afwijzing van zijn verzoek voor deelname aan de aanvullende regeling 55+) aan [appellant] ter kennis gebracht en laten weten dat Bpf Bouw haar eerdere besluit handhaaft.

3. Beoordeling

3.1.

De kern van het geschil betreft de vraag of [appellant] (alsnog) recht heeft op vrijwillige deelname aan de in de brief van maart 2006 genoemde regelingen. De kantonrechter heeft die vraag ontkennend beantwoord en daartoe het volgende overwogen. Ten eerste is de zorgplicht van Bpf Bouw niet in het geding en er is geen sprake van een anderszins onzorgvuldig handelen van Bpf Bouw. Bpf Bouw was bij de beëindiging van de vroegpensioen- en aanvullingsregeling per 1 januari 2006 niet verplicht [appellant] een aanbod te doen zoals vervat in de brief van maart 2006. Er was ook geen sprake van een onverkorte (vrijwillige) voortzetting van die regelingen nu deze eindigden en het aanbod zag op een ouderdomspensioenregeling en een aanvullende regeling. Bpf Bouw hoefde daarom de brief niet op zodanige wijze te verzenden dat die [appellant] zeker zou bereiken en daarom kon ook een rappel achterwege blijven toen [appellant] niet reageerde. Bpf Bouw was gerechtigd een termijn te stellen voor het aanvaarden van het aanbod en behoefde acceptatie na afloop van die termijn (bijna 2,5 jaar later) niet te accepteren. Ten tweede is ook de positie van [appellant] als dga in dat verband van belang. Hij moest op de hoogte zijn van de in de bouw bestaande VUT-, vroegpensioen- en pensioenregelingen en van het feit dat hij na 1 januari 2006 geen opgave loon en premies meer deed en geen premie meer betaalde voor de vroegpensioen- en aanvullingsregeling. Hij kan zich niet verschuilen achter de taakverdeling in zijn onderneming. De kantonrechter heeft om deze redenen de vordering van [appellant] om Bpf Bouw te veroordelen hem alsnog in de gelegenheid te stellen om deel te nemen aan voormelde regelingen (met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2006) afgewezen, evenals de vordering tot veroordeling van Bpf Bouw tot betaling van buitengerechtigde incassokosten, en [appellant] in de proceskosten veroordeeld.

3.2.

Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt [appellant] met zijn grieven op.

3.3.

Grief I richt zich in het bijzonder tegen hetgeen de kantonrechter (zoals hiervoor weergegeven) ten eerste heeft overwogen. [appellant] voert onder meer aan dat hij de brief van maart 2006 nooit heeft ontvangen en dat door Bpf Bouw nooit een herinnering is verzonden. De stelling van Bpf Bouw dat zij niet gehouden was meer te doen dan zij heeft gedaan omdat het in die brief gedane aanbod onverplicht was, ziet voorbij aan de verplichtingen van Bpf Bouw uit hoofde van artikel 17 PSW, aldus [appellant]. Hij heeft in hoger beroep de stelling betrokken dat Bpf Bouw jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld door hem niet tijdig dan wel niet adequaat te informeren over enerzijds de beëindiging van de vroegpensioenregeling en de VUT-regeling en anderzijds het aanbod tot deelname in de ouderdomspensioenregeling en de (aanvullende) 55-/55+ regelingen van Bpf Bouw en daarop zijn vorderingen gegrond.

3.3.1.

Het hof overweegt als volgt. Artikel 17 PSW bepaalde destijds onder meer dat het bestuur van een pensioen- of spaarfonds de deelnemers schriftelijk op de hoogte diende te stellen van wijzigingen in de

geldende statuten en reglementen van het fonds. Deze wetsbepaling strekte ertoe dat belanghebbenden inzicht werd verschaft in hun pensioenpositie opdat zij zo nodig zelf aanvullende voorzieningen konden treffen. De huidige Pensioenwet kent een soortgelijke bepaling. De afschaffing van een regeling is in dit verband de meest verstrekkende wijziging en is bij uitstek van invloed op de pensioenpositie van de belanghebbenden. Nu het aanbod zoals gedaan in de brief van maart 2006 was verrat in de brief die kennis gaf van beëindiging van de eerdere regelingen (de vroegpensioenregeling en de aanvullingsregeling [VUT-regeling]) en met die beëindiging rechtstreeks verband hield, kan de zorgplicht die op Bpf Bouw rustte ten aanzien van de kennisgeving van het aanbod niet los worden gezien van de zorgplicht die op haar rustte ten aanzien van de kennisgeving van het vervallen van die eerdere regelingen. Het antwoord op de vraag in hoeverre op Bpf Bouw een zodanige zorgplicht rustte, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, en daarbij is ook van belang welke voor Bpf Bouw kenbare persoonlijke en financiële belangen voor personen als [appellant] waren betrokken bij het tijdig treffen van een vervangende voorziening in geval van beëindiging van de bestaande vroegpensioen- en VUT-regeling (HR 8 februari 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BY4465, NJ 2013,106). Bpf Bouw heeft dit toetsingskader ten onrechte niet in aanmerking genomen bij antwoord op de grieven. In het bijzonder doet aan dat aan te leggen toetsingskader niet af dat [appellant] op een andere wijze dan de brief van maart 2006, bijvoorbeeld via een editie van Cordares Post, een brochure, of editie van "Bouwpensioen" (par. 3.20 MvA), of door enig pensioenoverzicht, ervan op de hoogte is geraakt dat de bedoelde regelingen vervielen of vervallen waren en vervolgens is gestopt met het afdragen van premie (par. 3.21 MvA), omdat niet is gesteld of gebleken dat [appellant] ook op de hoogte was van het aanbod in kwestie of dat aan de zorgplicht van Bpf Bouw ter zake de kennisgeving te dien aanzien was voldaan. Ook de stelling van Bpf Bouw (par. 12.4 CvA) dat zij niet verplicht was tot het doen van een aanbod is in dit verband niet van belang omdat de onverplichtheid van het aanbod niet meebrengt dat ten aanzien van de kennisgeving ervan de zorgplicht achterwege gelaten kan worden. Nu een aanbod is gedaan dient dan ook onderzocht te worden in hoeverre aan die zorgplicht is voldaan.

3.3.2.

In deze procedure moet ervan uit worden gegaan dat de brief van maart 2006 [appellant] niet heeft bereikt. Bpf Bouw heeft niet kunnen waarmaken dat dit anders is. Zij heeft in dit verband alleen gesteld (par.13.6 CvA) dat de adresgegevens juist waren en dat de brief via een automatisch proces is verzonden. Bij pleidooi heeft Bpf Bouw dan ook moeten erkennen niet te kunnen bewijzen dat de brief daadwerkelijk is aangekomen. Die brief hield - naast de kennisgeving omtrent het vervallen van de vroegpensioenregeling en de aanvullingsregeling - in dat indien een dga vrijwillig wenste deel te nemen aan de ouderdomspensioenregeling en de aanvullende regelingen (55-/55+) van Bpf Bouw, dit kenbaar gemaakt kon worden op een bijgevoegd formulier dat uiterlijk voor 1 mei 2006 aan Bpf Bouw diende te worden geretourneerd, en dat indien men niet wenste deel te nemen men niets hoefde te doen. Deze wijze van aanmelding en registratie brengt het risico mee dat geadresseerden die de brief niet ontvangen en daardoor niet tijdig op de hoogte raken van zo'n aanbod, maar wel aan die regelingen willen deelnemen, door Bpf Bouw ten onrechte worden beschouwd als geadresseerden die *niet* willen deelnemen, met alle gevolgen van dien.

3.3.3.

[appellant] is geboren in 1946 en zou in 2006 dus de leeftijd van 60 jaar bereiken. Hij heeft tot 1 januari 2006 (verplicht) deelgenomen in de vroegpensioenregeling en aanvullende regelingen van Bpf Bouw,

welke regelingen de deelnemers de mogelijkheid gaven om vóór hun 65-jarige leeftijd uit te treden. [appellant] heeft gesteld dat hij geen vervangende voorzieningen heeft getroffen en dat het wegvallen van de bewuste regelingen een grote (negatieve) invloed op zijn pensioenpositie heeft.

3.3.4.

Bpf Bouw heeft betwist dat [appellant] het aanbod tot vrijwillige deelneming zou hebben aanvaard indien hij daarvan op de hoogte was, nu dat bij dga's ongebruikelijk is en consistent is met het gedrag van [appellant] dat hij geen premiegegevens meer heeft aangeleverd en geen premie meer heeft betaald na 1 januari 2006. Echter, in het licht van de brief van [appellant] van 16 december 2008 en zijn latere protest tegen afwijzing door Bpf Bouw van het in die brief gedane verzoek, is deze betwisting onvoldoende om aan te nemen dat [appellant] dit aanbod niet zou hebben aanvaard.

3.3.5.

Onder de hiervoor geschetste omstandigheden en gezien de voor Bpf Bouw kenbare persoonlijke en financiële belangen voor [appellant] die waren betrokken bij het tijdig treffen van een vervangende voorziening bij beëindiging van voormelde vroegpensioen- en aanvullingsregeling, kan niet worden gezegd dat Bpf Bouw door het eenmalig uitsturen van een brief waarin dat aanbod was vervat, naar behoren aan haar zorgplicht ten aanzien van de kennisgeving heeft voldaan. Van Bpf Bouw had op dit punt redelijkerwijs meer mogen worden verwacht. Zij had immers het in paragraaf 3.3.2 beschreven risico eenvoudig kunnen verkleinen door een ander systeem van registratie te hanteren, bijvoorbeeld een waarbij ook van de geadresseerden die niet wensten deel te nemen een antwoord in die zin werd verlangd, en vervolgens diegenen die niet reageerden te rappelleren. Dat Bpf Bouw belang had bij het tijdig verkrijgen van duidelijkheid omtrent de financiële lasten van de tijdelijke overgangsregeling (par. 15 CvA) spreekt voor zich, maar kan aan hetgeen hiervoor is overwogen niet afdoen. De grief slaagt. Het oordeel moet luiden dat Bpf Bouw haar zorgplicht jegens [appellant] heeft geschonden en derhalve op dit punt onrechtmatig jegens [appellant] heeft gehandeld. De vordering dit te verklaren voor recht komt voor toewijzing in aanmerking.

3.4.

Omdat de positie van [appellant] als dga niet afdoet aan het voorgaande en in dat verband ook niet is aangevoerd dat en hoe ten aanzien van de kennisgeving van het aanbod is voldaan aan de zorgplicht van Bpf Bouw dan wel dat [appellant] op de hoogte van dat aanbod is geraakt, slaagt ook grief II, die gericht is tegen hetgeen de kantonrechter ten tweede heeft overwogen.

3.5.

Grief III, die ziet op de veroordeling van [appellant] in de proceskosten, slaagt gezien het voorgaande ook. Daarmee moet worden geoordeeld als na te melden.

3.6.

Grief IV heeft betrekking op de afwijzing door de kantonrechter van de buitengerechtelijke incassokosten. In eerste aanleg heeft Bpf Bouw de vordering op dit punt betwist en gesteld dat [appellant] is verzekerd ter zake van de kosten rechtsbijstand en geen kosten heeft gemaakt om dit geschil buiten rechte op te lossen. In hoger beroep stelt [appellant] als toelichting op de grief dat er wel

degelijk diverse werkzaamheden zijn verricht ter verkrijging van voldoening buiten rechte, welke werkzaamheden verder gingen dan de voorbereiding van de procedure, terwijl die kosten niet onder de verzekeringsdekking vielen. Bpf Bouw heeft in hoger beroep nog slechts betoogd dat nu de grieven I en II moeten worden afgewezen, ook grief IV voor afwijzing in aanmerking komt. Dit verweer is in het licht van hetgeen [appellant] heeft aangevoerd onvoldoende. Daarom slaagt ook grief IV, hetgeen meebrengt dat Bpf Bouw zal worden veroordeeld de onderhavige kosten aan [appellant] te vergoeden.

3.6.

[appellant] heeft aan zijn vordering tot schadevergoeding feiten en omstandigheden ten grondslag gelegd op grond waarvan de mogelijkheid dat schade is geleden, aannemelijk is. Bpf Bouw heeft die feiten en omstandigheden onvoldoende gemotiveerd betwist. Nu het (nog) niet mogelijk is de schade te begroten zal de vordering om deze nader te doen opmaken bij staat worden toegewezen. In de schadestaatprocedure zal dan ook aan de orde kunnen komen hetgeen Bpf Bouw als betwisting van de vordering(en) overigens nog naar voren heeft gebracht, te weten dat [appellant] zou zijn blijven werken en een lagere premielast heeft gehad, niet aan zijn schadebeperkingsplicht heeft voldaan door te veel tijd te hebben laten verlopen tussen de momenten waarop hij heeft geageerd tegen Bpf Bouw en de omstandigheid dat hij zelf geen vervangende voorzieningen voor zijn pensioen heeft geregeld. Deze beweerdelijke omstandigheden doen op zichzelf aan de vaststelling van het onrechtmatig handelen van Bpf Bouw niet af, maar kunnen wel van invloed zijn op de schadevaststelling. Voor een veroordeling tot betaling van wettelijke rente over een eventueel toe te wijzen schadevergoeding is thans nog geen plaats. De vordering zal op dat punt worden afgewezen.

4. Slotsom en conclusie

De grieven slagen. Voor bewijslevering is in deze procedure geen plaats omdat geen bewijs is aangeboden van feiten en omstandigheden die tot een ander oordeel kunnen leiden. Het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd. Bpf Bouw zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in beide instanties.

5. Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep en opnieuw rechtdoende:

- verklaart voor recht dat Bpf Bouw onrechtmatig jegens [appellant] heeft gehandeld;
- veroordeelt Bpf Bouw tot betaling van de schade die [appellant] heeft geleden doordat deelname aan de aanvullende regelingen van Bpf Bouw niet meer geïndiceerd is als gevolg van het onrechtmatig handelen van Bpf Bouw, welke schade nader dient te worden opgemaakt bij staat;
- veroordeelt Bpf Bouw tot betaling van de buitengerechtelijke incassokosten ad € 904,-, vermeerderd met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de dag waarop de dagvaarding in eerste aanleg heeft gediend tot de dag van de voldoening;
- veroordeelt Bpf Bouw in de kosten van het geding in beide instanties, in eerste aanleg aan de zijde van [appellant] begroot op € 173,16 aan verschotten en € 400,- voor salaris en in hoger beroep tot op heden op € 400,89 aan verschotten en € 2.682,- voor salaris, te vermeerderen met de wettelijke rente over deze bedragen vanaf 14 dagen na dit arrest tot de dag van de

voldoening, en te vermeerderen met € 131,- wegens nakosten zonder betekening en met € 199,- wegens nakosten ingeval van betekening.

Noot

Auteur: Mr. W.P.M. Thijssen

Zie noot onder Hof Amsterdam 18 februari 2014, *PJ* 2014/135.